

La prenda sin desplazamiento de la Ley 20.190

José Miguel Lecaros Sánchez

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD CENTRAL, UNIVERSIDAD FINNIS TERRAE,
UNIVERSIDAD ANDRÉS BELLO

1. Introducción

El artículo 14 de la Ley 20.190, publicada el 5 de junio de 2007, creó un sistema de prenda sin desplazamiento, que vino a sustituir muchas prendas sin desplazamiento vigentes a esta fecha.¹ En efecto, el artículo 42 del conjunto de normas contenidas en dicho artículo derogó las leyes N°s 4.097, 4.702, 5.687 y 18.112, el artículo 43 del Decreto con Fuerza de Ley N° 164, de 1991, el artículo 15 de la Ley N° 19.542, el artículo 3° de la Ley N° 19.425, el artículo 62 b del Decreto Ley N° 1.939, el artículo 16 de la Ley N° 19.865 y el artículo 60 de la Ley N° 19.712. Dicha disposición agregó que las referencias que se hacen en las leyes a las disposiciones derogadas deberán entenderse efectuadas a las normas de esta ley. Finalmente, dispuso un principio de ultractividad en orden a que las normas derogadas deberían estimarse vigentes para el efecto de regular las prendas sin desplazamiento constituidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

La prenda sin desplazamiento incorporada a nuestra legislación por esta Ley merece muchos estudios y análisis desde el punto de vista administrativo, registral, procesal, penal, etcétera. El propósito de estas líneas es sólo dar una primera aproximación a la prenda sin desplazamiento tras la Ley 20.190, relacionándola con algunos principios y problemas propios de la prenda en general.

¹ En adelante todas las normas que se señalen como artículos de la Ley 20.190 deben entenderse referidas al grupo de disposiciones incorporadas por el artículo 14 de la Ley 20.190.

2. Concepto de prenda sin desplazamiento

Según el artículo 1º, es aquel contrato que tiene por objeto constituir una garantía sobre una o varias cosas corporales o incorporeales muebles, para caucionar obligaciones propias o de terceros, conservando el constituyente la tenencia y uso del bien constituido en prenda.

3. Solemnidades del contrato de prenda sin desplazamiento

Conforme al artículo 2º, el contrato, su modificación y su alzamiento deberán otorgarse por escritura pública o por instrumento privado, en cuyo caso las firmas de las partes concurrentes deberán ser autorizadas por un notario y el instrumento deberá ser protocolizado en el registro del mismo notario que autoriza. En este caso, respecto de terceros la fecha del contrato será la de su protocolización.

En dicho contrato deberán contenerse, a lo menos, las siguientes menciones (artículo 3º):

- 1) La individualización de sus otorgantes;
- 2) La indicación de las obligaciones caucionadas o bien que se trata de una garantía general. En caso que sólo se refieran los documentos donde constan las obligaciones garantizadas y éstos no estuvieren incorporados en un registro público, deberán ser protocolizados en copia simple al momento de la celebración del contrato de prenda;
- 3) La individualización o la caracterización de las cosas empeñadas, y
- 4) La suma determinada o determinable a la que se limitare la prenda o la proporción en que debiere caucionar diversas obligaciones, si fuere el caso.

4. Obligaciones susceptibles de ser caucionadas con prenda sin desplazamiento

Pueden caucionarse toda clase de obligaciones presentes o futuras, estén o no determinadas a la fecha del contrato.² Este contrato puede garantizar, por ende, obligaciones presentes o futuras. Puede asimismo garantizar obligaciones del propio constituyente o de un tercero (artículo 1º), civiles o naturales, de origen legal, delictual o cuasidelictual, contractual o cuasicontractual; principales o accesorias; civiles o mercantiles.

² Se repite textualmente lo que decía el artículo 4º de la Ley 18.112.

En relación a la posibilidad de garantizar con esta prenda obligaciones indeterminadas (“cláusula de garantía general prendaria”), el artículo 4° de la ley es explícito en orden a permitir garantía de obligaciones indeterminadas (“...estén o no determinadas a la fecha del contrato”). Por su parte, el artículo 3° N° 2 señala que el contrato de prenda sin desplazamiento debe contener, entre las menciones mínimas, “la indicación de las obligaciones caucionadas o bien de que se trata de una garantía general”.

5. Bienes susceptibles de darse en prenda sin desplazamiento

5.1. Generalidades

Una primera observación que puede hacerse es la amplitud que contempla el legislador en cuanto a los bienes que pueden ser prendados. El artículo 5° establece que “podrá constituirse prenda sobre todo tipo de cosas corporales o incorporeales muebles, presentes o futuras. Las naves y aeronaves se regirán por sus leyes particulares”. A su vez, el artículo 1° establece que el desplazamiento tiene por objeto constituir una garantía sobre una o varias cosas corporales o incorporeales muebles, para caucionar obligaciones propias o de terceros, conservando el constituyente la tenencia y uso del bien constituido en prenda. Agrega que en subsidio se aplicarán las normas del Código Civil.

De lo anterior se desprende que la cosa empeñada debe ser mueble, sea corporal, incorporal o inmaterial.

Considerado lo anterior, hay que tener presente que la cosa objeto de la prenda puede ser mueble por naturaleza o por anticipación (artículo 571). Así, Claro Solar se refiere entre las cosas muebles a los metales de una mina o los materiales de un edificio que va a demolerse.³

En el ámbito minero, pueden darse en prenda⁴ bienes muebles por naturaleza, o destinados a la exploración de la concesión para exploración o explotación de la pertenencia y las sustancias minerales extraídas del yacimiento.⁵

Pueden darse en prenda las patentes de invención, las marcas, los modelos industriales,⁶ las acciones de una sociedad anónima,⁷ la propiedad intelectual.

³ CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Imprenta Cervantes, 1930, T. VI, pp. 108 y 109.

⁴ Artículo 220 del Código de Minería.

⁵ OSSA BULNES, JUAN LUIS, *Derecho de Minería*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 274.

⁶ Mediante la entrega del título más anotación al margen de la inscripción respectiva –artículo 14 de la Ley N° 19.039–.

⁷ Una sociedad anónima podría dar en prenda sus propias acciones si no hubiese sido prohibido en

Respecto de la patente de invención, ésta es un derecho real mueble que al decir de Claro Solar “consiste en el monopolio o derecho exclusivo de fabricar, vender o comerciar en cualquier forma el producto u objeto de su invento...”; “...el título que constituye la patente de invención, que es la prueba material de este privilegio, cosa incorporal, es también un objeto mueble comerciable”.⁸ Respecto a la marca industrial, y los derechos de propiedad sobre modelos industriales, Claro Solar también explica que son “un derecho mueble”.⁹ Sin embargo, es claro que si las marcas, modelos industriales o patentes de invención se dan en prenda, serán prenda sin desplazamiento (antiguamente, una prenda industrial).¹⁰ También podrían darse en prenda los estados de pago correspondientes a constructores. El contrato de construcción constituye un crédito contra el que ordenó la obra. Como consecuencia de haberse dado en garantía, el acreedor adquiere el derecho de percibir los estados de pago a medida que se vayan haciendo exigibles conforme al avance de la obra.

Podría darse en prenda el crédito de participación una vez terminado el régimen de participación en los gananciales (artículo 20 de la Ley N° 19.335)

Según el artículo 10 de la Ley 20.190, “las cosas que no han llegado al país podrán ser empeñadas, siempre que el constituyente de la prenda sea el titular del conocimiento de embarque, guía aérea, carta de porte o documento que haga las veces de cualquiera de los anteriores, conforme a las normas que regulan la circulación de tales documentos”.

También el dinero es susceptible de darse en prenda. Por ejemplo, cuando se solicita un crédito bancario y se da en prenda un certificado de depósito o un vale vista. En estos casos, lo que se da en prenda no es un crédito, sino el dinero depositado de que da cuenta el documento que se empeña. También constituiría prenda de dinero el caso de una persona que recibe en garantía un crédito adeudado por ella.

En tales casos, sin embargo, el acreedor se hará dueño del dinero, por lo que el contrato de prenda se desfiguraría y pasaría a ser título translativo de dominio. El acreedor se haría dueño del dinero, pudiendo usarlo, gozarlo y disponer de él, obligándose a restituir una suma de dinero equivalente, una vez satisfecha la deuda principal o garantizada. Guarda, en tal sentido, mucha relación con el cuasiusufructo, con el mutuo y sobre todo con el depósito irregular (artí-

los estatutos. Cfr. DÍAZ CRUCHAGA, AUGUSTO, “El contrato de prenda mercantil”, Santiago, 1929, Memoria de Prueba.

⁸ CLARO SOLAR, ob cit. T. VI, p. 601.

⁹ *Ibid.*, p. 628.

¹⁰ Artículo 24 inciso final de la Ley 5.687.

culos 2395 y 2221). La ventaja que tiene la prenda de dinero es que evita la necesidad de realizarla cuando el deudor no cumple la obligación garantizada. Se aproximaría, en tal caso, a una compraventa de cosas muebles con pacto de retroventa. Todo lo dicho respecto a la prenda de dinero es aplicable a los vales vista bancarios o boletas de garantía.

5.2. La prenda de derechos de concesión y bienes asociados

a) La prenda del derecho de concesión de obra pública.

De acuerdo al artículo 6° N° 1 de la Ley 20.190, se puede dar en prenda:

- El derecho de concesión de obra pública constituido al amparo del Decreto con Fuerza de Ley N° 164, de 1991,
- cualquier pago comprometido por el Fisco a la sociedad concesionaria a cualquier título en virtud del contrato de concesión antes indicado, o
- los ingresos o flujos futuros que provengan de la explotación de la concesión antedicha, que sólo podrán prendarse a los financistas de la obra o de su operación o en la emisión de títulos de deuda de la sociedad concesionaria.¹¹

Esta norma vino a sustituir el artículo 43 del DFL 164 de 1991 (cuyo texto refundido es el Decreto 900 del Ministerio de Obras Públicas, de 1996), artículo derogado por la Ley 20.190, como se ha dicho.¹²

El artículo 21 del DFL 164 establece que en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones económicas con terceros, la sociedad concesionaria se registrará por las normas del derecho privado y, en general, podrá realizar cualquier operación lícita, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas, con las solas excepciones que regula expresamente dicha ley y las que se estipulen en el contrato.

Sin embargo, esta amplitud aparece restringida por el artículo 33 de la Ley 20.190, conforme al cual en todo lo relacionado con la realización de la prenda de los derechos de concesión señalados en el artículo 6° de esta ley, éstos sólo podrán transferirse a quien diere cumplimiento a los requisitos establecidos

¹¹ Mediante Ordinario N° 3458, de 24.05.96, la Fiscalía del MOP estableció que pese a que según la normativa del derecho común la prenda sólo puede recaer sobre bienes determinados o determinables, en este punto la ley de concesiones "establece una garantía con modalidades propias y que en tal virtud es admisible que incluso pueda en su caso apartarse de las normas tradicionales que gobiernan la prenda civil".

¹² Un completo estudio de las concesiones de obras públicas es el *Manual de Concesiones de Obras Públicas*, Rutián Lizana, Dolores, Fondo de Cultura Económica.

en las leyes, reglamentos y bases de licitación para ser concesionario, según corresponda. Para estos efectos, el tribunal que esté conociendo de la realización de la prenda oficiará a los organismos que hayan otorgado el derecho respectivo, y a los que hayan aprobado el otorgamiento de dicho derecho, si procediere, ordenándoles informar acerca de los requisitos para que pueda ser adjudicado en la subasta. Estos requisitos se incluirán y formarán parte integrante de las bases del remate.

Así, entre otros, el concesionario podrá preñar el contrato o dar en prenda los flujos e ingresos futuros de la concesión para garantizar obligaciones derivadas de dicha concesión, ceder o preñar libremente cualquier pago ofrecido por el Fisco que conste del contrato, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas.

Aplicando el artículo 580 del Código Civil, se puede concluir que los pagos comprometidos por el fisco a la sociedad concesionaria, así como los ingresos futuros son un derecho personal mueble. Respecto del derecho de concesión, hay que distinguir: sobre la obra concesionada el concesionario no es dueño, pero hay propiedad sobre el conjunto de derechos que emanan del contrato de concesión, es decir, existe dominio sobre una cosa incorporal.¹³ En relación con este punto, cabría hacer un análisis respecto de la particularidad que incorpora esta prenda al permitir preñar los derechos del concesionario.¹⁴ El derecho básico de la concesión es la explotación de la obra pública, siendo ésta la contrapartida de la ejecución, reparación o mantención de la obra pública, y en la práctica se materializa en el derecho del concesionario de cobrar al usuario una tasa o tarifa. Así lo establece claramente el artículo 11 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, que señala "El concesionario percibirá como única compensación por los servicios que preste, el precio, tarifa o subsidio convenidos y los beneficios adicionales expresamente estipulados". Cuando estos flujos se encuentran constituidos en prenda, pueden ser rebajados por el concesionario; pero si se encuentra dado en garantía a un tercero a través de la prenda especial, no podría el concesionario rebajar, puesto que se estaría afectando la caución. En caso de hacerlo, podría verse expuesto a que el acreedor le haga exigible su obligación, aun antes del vencimiento del plazo acordado, por haber operado la caducidad de este plazo según lo dispone el artículo 1496 del Código Civil.

En la Ley de Concesiones de Obras Públicas existe una directa vinculación entre el crédito y las partes del contrato: un deudor concesionario y un acreedor

¹³ El artículo 583 del Código Civil señala al respecto: "Sobre las cosas incorporales hay una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo".

¹⁴ Una figura similar introdujo el Código de Minería en la hipoteca de concesión minera.

financista y dicho financiamiento es para finalidades muy específicas, es decir, para la obra, la operación o la emisión de títulos de la sociedad concesionaria. Pero ¿podría darse el caso que un concesionario grave su concesión para el financiamiento de otra concesión de la que también es titular? En el sistema de concesión de obra pública no es dable dicha situación, conforme al artículo 43 que dice: “Ella podrá ser pactada por el concesionario con los financistas de la obra o de su operación o en la emisión de títulos de deuda de la sociedad concesionaria”. Se refiere a un concesionario y una concesión en particular y no a algún concesionario cualquiera. Confirma lo anterior lo señalado respecto a este punto por un consultor nacional: “Tocante a los mecanismos de financiamiento, debe entenderse dentro de un concepto de *“project financing”*, que el caso de las concesiones en Chile tiene como elemento adicional la existencia de una relación biunívoca entre concesión y concesionario; vale decir, un concesionario tiene una sola concesión. No existen por lo tanto flujos provenientes de concesiones que se hayan tenido previamente y que puedan contribuir al pago de los créditos requeridos para desarrollar el proyecto”.¹⁵

Un comentarista ha expresado sobre el particular: “Se ha entendido que este es un objeto de carácter **exclusivo**, es decir, la sociedad no puede dedicarse a otras actividades fuera de la concesión, y ni siquiera a otras concesiones, ya que está circunscrita a una concesión en particular. Cabe agregar que, hasta ahora, las bases de las concesiones han sido incluso más estrictas, exigiendo que la sociedad que se forme tenga el carácter de anónima, y que en sus estatutos se estipule que se registrará por las normas de las sociedades anónimas abiertas. La idea de fondo tras estas normas es que la empresa concesionaria no se vea en peligro por los malos resultados que pudiese tener en otras actividades. Sin embargo, ello también tiene sus inconvenientes, ya que puede redundar en empresas con escaso patrimonio y personal propios, y cuyo único activo importante sea precisamente la concesión.

Otro efecto secundario, muy relacionado a lo anterior, es que las concesionarias subcontraten casi íntegramente la construcción de la obra pública, y tal vez hagan lo mismo con su operación. Como resultado de lo anterior, se presenta entonces, ante los financistas, una empresa débil como sujeto de crédito: sin historia, ya que ha sido creada especialmente para el negocio, con escaso patrimonio (ya que éste está formado por los aportes de los accionistas, que no suelen ser más del 20% del costo estimado del proyecto, y que además se van entregando parcializadamente), y cuyo principal activo –la concesión– es de difícil valorización y utilización como garantía. Sin duda que estas caracte-

¹⁵ MERINO GÓMEZ, SERGIO, “Mecanismos de financiamiento de proyecto de concesión en Chile”. En seminario Internacional “Las concesiones de obras públicas, una nueva opción para el sector privado”. Compendio de exposiciones, Ministerio de Obras Públicas, Santiago, 12 y 13 de enero de 1993.

rísticas implican un mayor riesgo para el financista. Además, si bien es efectivo que la empresa concesionaria no corre peligro de que los malos resultados de otros negocios afecten el relativo a la concesión, a la inversa, tampoco existe la posibilidad de que los buenos resultados en otras actividades le permitan paliar o superar los eventuales malos resultados en ésta. Por estos motivos, pudiera ser conveniente reexaminar el concepto de objeto que impone la ley".¹⁶

En cuanto a la preferencia, cabe tener presente que en el texto del DFL 164, la prenda de concesión de obra pública se asimilaba a la prenda industrial, con lo que le resultaba aplicable lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 5.687, que atribuía una superpreferencia que en la práctica la mayor parte de la jurisprudencia le negó. El acreedor prendario –decía dicha norma– tiene un privilegio para pagarse "con preferencia a cualquier otra obligación". De estos términos se entendió por algunos que este privilegio prevalecería incluso sobre los créditos de la primera clase, lo que se vería confirmado por la circunstancia de que en la realización de la prenda industrial el acreedor de primera clase no podría entablar tercerías. Ello se vería corroborado por el artículo 28 del DS N° 900 del MOP, que establece que en caso de incumplimiento, los créditos garantizados con la prenda especial "se harán efectivos en el producto de la licitación con preferencia a cualquier otro crédito, siendo el remanente, si lo hubiere, del primitivo concesionario".

En la Ley 20.190 se da al acreedor prendario abiertamente la preferencia del artículo 2474 del Código Civil.

b) La prenda del derecho de concesión portuaria

De acuerdo al artículo 6° N° 2 de la Ley 20.190, se puede dar en prenda el derecho de concesión portuaria constituido al amparo de la Ley N° 19.542, los bienes muebles de la sociedad concesionaria, o los ingresos o flujos futuros de ésta que provengan de la explotación de la concesión antedicha, que sólo podrán prendarse con el objeto de garantizar las obligaciones financieras que la sociedad concesionaria contraiga para financiar el ejercicio. Esta norma hay que entenderla a la luz del artículo 42 de la Ley 20.190, que, como se ha dicho, derogó el artículo 15 de la Ley 19.542.

La Ley 19.542, que modernizó el sector portuario estatal, creó 10 empresas portuarias a lo largo del país como continuadoras de EMPORCHI (Empresa

¹⁶ MARIN LOYOLA, URBANO, "Concesiones de obra pública, comentario crítico". Exposición en Conferencia "Modificaciones introducida por la Ley N° 19.460 al régimen legal de concesiones de obra pública e ideas matrices de una normativa reglamentaria". Fiscalía del Banco del Estado de Chile, Santiago, 23 de octubre de 1996.

Portuaria de Chile), las cuales son personas jurídicas de derecho público, constituyen una empresa del Estado con patrimonio propio, de duración indefinida y que se relacionan con el Gobierno por intermedio del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, siendo su objetivo la administración, explotación, desarrollo y conservación de los puertos y terminales, así como de los bienes que posean a cualquier título, incluidas todas las actividades conexas inherentes al ámbito portuario indispensables para el debido cumplimiento de éste.

Ahora bien, estas empresas pueden realizar su objeto directamente o a través de terceros. En este último caso, lo hacen por medio a) del otorgamiento de concesiones portuarias, b) de la celebración de contratos de arrendamiento, o c) mediante la constitución con personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, de sociedades anónimas.

En el caso de las concesiones, durarán hasta 30 años, y si la finalidad de la concesión fuere ajena a la actividad portuaria, durarán hasta 10 años y el otorgamiento de las concesiones deberá realizarse mediante licitación pública, en cuyas bases se establecerán clara y precisamente los elementos de la respectiva concesión portuaria, en conformidad al artículo 50. Durante la vigencia de la concesión, los derechos del concesionario sólo podrán afectarse o limitarse en la forma y condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas.

Según el artículo 9° de la ley, los actos y contratos que celebren las empresas en el desarrollo de su objeto se regirán exclusivamente por las normas de derecho privado, en todo aquello que no sea contrario a las disposiciones de esta ley. En este contexto es que pueden darse en prenda los derechos de concesión. Antes de la Ley 20.190, esta prenda estaba reglada en el artículo 15 de la Ley 19.542, hoy derogado, que la reglaba asimilándola a la prenda industrial, pero agregando que debía anotarse al margen de la inscripción de la sociedad concesionaria en el respectivo Registro de Comercio.

c) La prenda del derecho de concesión de construcción y explotación del subsuelo conforme a la Ley N° 18.695

El artículo 6° N° 3 de la Ley 20.190 establece que se puede dar en prenda el derecho de concesión de construcción y explotación del subsuelo, constituido al amparo de la Ley N° 18.695, cuya prenda deberá subinscribirse en el Registro Especial de Concesiones establecido en el artículo 37 de la Ley N° 18.695.

La Ley 18.895, Ley Orgánica de Municipalidades, establece en su artículo 37 que las concesiones para construir y explotar el subsuelo se otorgarán previa licitación pública y serán transferibles, asumiendo el adquirente todos los derechos y obligaciones que deriven del contrato de concesión.

El adquirente deberá reunir todos los requisitos y condiciones exigidos al primer concesionario, circunstancia que será calificada por la municipalidad, pudiendo ésta rechazar la transferencia por no concurrir en el adquirente los citados requisitos y condiciones.¹⁷

Agrega el artículo 37 referido que el concesionario podrá dar en garantía la concesión y sus bienes propios destinados a la explotación de ésta y que los Conservadores de Bienes Raíces llevarán un registro especial en que se inscribirán y anotarán estas concesiones, sus transferencias y las garantías a que se refiere el inciso anterior.

d) La prenda del derecho de concesión onerosa sobre bienes fiscales, constituido al amparo del artículo 61 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977

El artículo 6° N° 4 de la Ley 20.190 establece que se puede dar en prenda: a) el derecho de concesión onerosa sobre bienes fiscales, constituido al amparo del artículo 61 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, que para el concesionario emane del contrato de concesión, o b) los ingresos o los flujos futuros que provengan de la explotación de la concesión antedicha.

En ambos casos, la prenda sólo podrá garantizar obligaciones que se deriven directa o indirectamente de la ejecución del proyecto o de dicha concesión. Agrega la norma que sin perjuicio de la obligación establecida en el Título IV de la ley, relativa a la necesidad de inscribir la prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, esta prenda deberá anotarse al margen de la inscripción exigida por el artículo 59 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977.

El Decreto Ley N° 1939, de 1977, contempla un mecanismo de adjudicación de concesiones sobre bienes fiscales por el Ministerio de Bienes Nacionales mediante decreto supremo del Ministerio de Bienes Nacionales, cuyo extracto deberá publicarse en el Diario Oficial, debiendo además el adjudicatario, dentro del plazo de 30 días contado desde la publicación en el Diario Oficial, suscribir con el Ministerio el correspondiente contrato de concesión, por escritura pública, la que deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces del lugar en que se hallare ubicado el inmueble, como también anotarse al margen de la inscripción de dominio del respectivo predio.

¹⁷ El artículo 33 de la Ley 20.190 establece que "En todo lo relacionado con la realización de la prenda de los derechos de concesión señalados en el artículo 6° de esta ley, éstos sólo podrán transferirse a quien diere cumplimiento a los requisitos establecidos en las leyes, reglamentos y bases de licitación para ser concesionario, según corresponda".

Conforme al artículo 62 A del DL 1.939, el concesionario podrá transferir la concesión, transferencia que comprenderá todos los derechos y obligaciones que emanen del contrato de concesión y sólo podrá hacerse a una persona jurídica de nacionalidad chilena, debiendo el adquirente de la concesión cumplir todos los requisitos y condiciones exigidos al primer concesionario. El Ministerio deberá autorizar la transferencia, para lo cual se limitará a certificar el cumplimiento de todos los requisitos anteriores por parte del adquirente, dentro de los 45 días siguientes a la recepción de la solicitud respectiva. Transcurrido este plazo sin que el Ministerio se pronuncie, la transferencia se entenderá autorizada.¹⁸ Por su parte el artículo 62 B del mismo DL 1.939 (derogado por el artículo 42 de la Ley 20.190) contemplaba la posibilidad de dar en prenda sin necesidad de autorización previa del Ministerio, el derecho de concesión que para el concesionario emane del contrato o sobre los flujos futuros de la concesión, con el objeto de garantizar cualquier obligación que se derive directa o indirectamente de la ejecución del proyecto o de la concesión. En el texto de dicha norma se exigía que el contrato se celebrara por escritura pública, debiendo inscribirse en el Registro de Prenda Industrial del Conservador de Bienes Raíces del lugar en que se halla ubicado el inmueble, anotarse al margen de la inscripción exigida por el artículo 59 de esta ley y notificarse al Ministerio por intermedio de un notario. Actualmente no se aplica la exigencia de inscripción en el Registro de Prenda Industrial ni la de notificación al Ministerio, pero sí la de anotar al margen de la inscripción exigida por el artículo 59. Ello, sin perjuicio de la inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento.

e) La prenda del derecho de explotación de concesiones de servicios sanitarios

El artículo 6° N° 5 de la Ley 20.190 establece que se puede dar en prenda “el derecho de explotación de concesiones de servicios sanitarios, constituido en los términos de los artículos 7° y 32 del Decreto con Fuerza de Ley N° 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, Ley General de Servicios Sanitarios, para quien explote la concesión sanitaria emanada del contrato de transferencia del derecho de explotación de concesiones de servicios sanitarios, o los ingresos o los flujos futuros que provengan del derecho de explotación antedicho”.

De acuerdo al DFL 382, estarán obligatoriamente regidas por el régimen de concesiones, la prestación de servicios sanitarios consistentes en a) producción y distribución de agua potable y b) recolección y disposición de servicios sanitarios. Por su parte, el artículo 7° del DFL 382 establece que la concesión tiene por objeto permitir el establecimiento, construcción y explotación de

¹⁸ Cfr. artículo 33 de la Ley 20.190.

los servicios públicos destinados a prestar servicios sanitarios; que dichas concesiones son de duración indefinida, sin perjuicio de su caducidad, de conformidad a lo establecido en la ley y que la totalidad o parte de ellas podrá ser objeto de cualquier acto jurídico en virtud del cual se transfiera el dominio o el derecho de explotación de la concesión.

Conforme al artículo 32 del DFL 382, en el caso de transferencia del dominio o del derecho de explotación de una concesión y siempre que ésta sea autorizada conforme al inciso precedente, el adquirente deberá cumplir con las condiciones exigidas en esta ley a las concesionarias de servicio público.¹⁹ La transferencia deberá constar en escritura pública y subinscribirse al margen de la inscripción en el registro que llevará la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Obras Sanitarias.

Además, el artículo 6° N° 5 de la Ley 20.190 establece que sin perjuicio de la inscripción de la prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, la prenda deberá anotarse al margen de la inscripción en el referido registro que llevará la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Obras Sanitarias.

f) La prenda de derechos emanados del contrato de participación conforme a la Ley 19.865

El artículo 42 de la Ley 20.190 derogó el artículo 16 de la Ley 19.865, debido a que el artículo 6° N° 6 estableció que se podían constituir en prenda “los derechos que para el participante emanen del contrato de participación celebrado conforme a la Ley N° 19.865, en aquellos casos en que la obligación de éste comprenda la ejecución, operación o mantención total o parcial de una obra, o que su retribución consista en la explotación total o parcial de la misma por un período de tiempo determinado, o los bienes muebles de propiedad del participante o los ingresos o flujos futuros que provengan del derecho de explotación antedicho, que sólo podrán prendarse con el objeto de garantizar las obligaciones financieras que el participante contraiga para financiar la ejecución, operación, mantención y explotación de la obra”.

La Ley 19.865, llamada de financiamiento urbano compartido (D.O. 01.04.2003), establece y regula el sistema de financiamiento urbano compartido, mediante el cual los Servicios de Vivienda y Urbanización y las Municipalidades podrán celebrar con terceros, previa licitación pública, contratos de participación, destinados a la adquisición de bienes o a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, a cambio de una contraprestación, que podrá

¹⁹ Cfr. artículo 33 de la Ley 20.190.

consistir en otorgar a aquéllos derechos sobre bienes muebles o inmuebles, la explotación de uno o más inmuebles u obras.

Pues bien, el artículo 15 de la Ley 19.865 establece que una vez perfeccionado el contrato de participación, y previa autorización expresa del Serviu o de la Municipalidad, según corresponda, el participante podrá transferir el contrato de participación o los derechos emanados de éste. La transferencia del contrato de participación deberá siempre ser total, comprendiendo todos los derechos y obligaciones emanados del contrato y sólo podrá hacerse a una persona natural o jurídica que cumpla con los requisitos para ser adjudicatario, que no esté inhabilitada y dé cumplimiento a las obligaciones legales. Por su parte, el artículo 16, hoy derogado, establecía que se podía constituir una prenda especial, sin desplazamiento, de los bienes o derechos objeto del contrato, en aquellos casos en que la obligación del participante comprenda la ejecución, operación o mantención total o parcial de una obra, y su retribución consista en la explotación total o parcial de la misma por un período de tiempo determinado. Esta prenda tendrá por objeto garantizar las obligaciones financieras que el participante contraiga para financiar la ejecución, operación, mantención y explotación de la obra. La prenda podrá recaer sobre los derechos que para el participante emanen del contrato, los bienes muebles de su propiedad y los ingresos que provengan de la explotación de la obra. La prenda debía constituirse por escritura pública e inscribirse en el Registro de Prenda Industrial del Conservador de Bienes Raíces del domicilio del Serviu o de la Municipalidad y en el del participante, si fueren distintos, y anotarse al margen de la inscripción de la sociedad participante en el Registro de Comercio.

Por lo tanto, actualmente se puede constituir prenda sin desplazamiento sobre:

- a) los derechos que para el participante emanen del contrato de participación celebrado conforme a la Ley N° 19.865, en aquellos casos en que la obligación de éste comprenda la ejecución, operación o mantención total o parcial de una obra, o que su retribución consista en la explotación total o parcial de la misma por un período de tiempo determinado, o b) los bienes muebles de propiedad del participante o c) los ingresos o flujos futuros que provengan del derecho de explotación antedicho. La prenda sólo podrá garantizar las obligaciones financieras que el participante contraiga para financiar la ejecución, operación, mantención y explotación de la obra.

g) La prenda de derechos emanados del contrato de concesión de recintos o instalaciones deportivas del Instituto Nacional del Deporte de Chile

El artículo 6° N° 7 de la Ley 20.190 establece la posibilidad de constituir prenda sobre los derechos emanados del contrato de concesión de recintos o instalaciones deportivas del Instituto Nacional del Deporte de Chile, constituido al amparo

de los artículos 55 a 61 de la Ley N° 19.712, que sólo podrán prendarse previa autorización de dicho Instituto y para garantizar las obligaciones que deriven directa o indirectamente de la ejecución del proyecto de la concesión.

El artículo 42 de la Ley 20.190 derogó el artículo 60 de la Ley 19.712.

Para entender esta prenda hay que tener presente que la Ley 19.712, llamada Ley del Deporte (D.O. 09.02.2001), establece la posibilidad de celebrar convenios o constituir concesiones relativos a los recintos e instalaciones que formen parte del patrimonio del Instituto Nacional del Deporte. Este organismo, que por ley puede indistintamente llamarse "Chiledeportes", es un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, vinculado con el Presidente de la República a través del Ministerio Secretaría General de Gobierno.

Según esta ley, la concesión otorga al concesionario un derecho real de uso y goce sobre recintos deportivos e inmuebles destinados a la práctica del deporte, facultándolo, según el caso, para administrar o para construir y administrar las instalaciones destinadas a cumplir con los objetivos de esta ley.

Serán otorgadas, siempre a título oneroso, por la Dirección Regional en cuyo territorio se encuentre ubicado el recinto deportivo o el inmueble objeto de la concesión, a través de propuesta pública, previa presentación de un proyecto que señale la actividad que se desarrollará en el inmueble, los usos que se le darán y, en su caso, las obras que se ejecutarán en él. Estas concesiones son transferibles, asumiendo el adquirente todos los derechos y obligaciones que emanen del contrato de concesión y debiendo el adquirente cumplir, o allanarse a cumplir, los requisitos y condiciones exigidos al primer concesionario.

Ahora bien, el artículo 60, hoy derogado, como se ha dicho, establecía que la concesión, previa autorización del Instituto, podía otorgarse en prenda especial, recayendo en tal caso sobre los derechos emanados del contrato, y con el solo objeto de garantizar las obligaciones que deriven directa o indirectamente de la ejecución del proyecto de la concesión. Esta prenda debía constituirse por escritura pública, e inscribirse en el Registro de Prenda Industrial del Conservador de Bienes Raíces del lugar en que se encuentre ubicado el inmueble y se regía en subsidio por las reglas de la prenda industrial. De manera que ni sobre el objeto empeñado ni sobre las obligaciones caucionadas hubo aquí una innovación.

h) Otros derechos de concesión

Según el artículo 6° N° 8 de la Ley 20.190, pueden darse en prenda todos aquellos derechos de concesión que, según las leyes bajo las cuales se regulen,

sean susceptibles de ser prendados, conforme a los requisitos establecidos en las mismas.

5.3. Prenda de otros derechos

5.3.1 Prenda de créditos

En la legislación comparada no hay unanimidad en aceptar la prenda de cosas incorpóreas.²⁰ En nuestro derecho, sobre las cosas incorpóreas también puede constituirse una prenda. Obviamente, en la medida en que sean derechos muebles. Pues aunque el artículo 2389 habla de “créditos” sin hacer alusión a la naturaleza mueble o inmueble de los mismos, es obvio que esa distinción no la hizo el legislador sólo por estimarla inoficiosa a la luz de lo dispuesto en el artículo 2384, al establecer que por el contrato de prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. Así lo ha entendido la jurisprudencia.²¹

Desde luego, no cabe duda que es posible constituir prenda sobre derechos personales.²² Lo permite expresamente el artículo 2389 al establecer que “Se puede dar en prenda un crédito entregando el título; pero será necesario que el acreedor lo notifique al deudor del crédito consignado en el título, prohibiéndole que lo pague en otras manos”.²³ Es interesante destacar desde ya estos últimos requisitos: “lo notifique al deudor del crédito consignado en el título, prohibiéndole que lo pague en otras manos”.

Estos requisitos no se exigen en la cesión de créditos, donde en cambio sí se exige que el título lleve “anotado el traspaso del derecho bajo la firma del cedente” (artículo 1903). Ahora bien, que la notificación sea al deudor “consignado en el título” es una novedad. La notificación sería ineficaz si se notificara a otra persona, aunque se haya notificado al verdadero deudor en virtud de algún traspaso que pudiera haber existido de la deuda. Por tal motivo, será preciso verificar que en el título haya constancia actualizada del verdadero deudor.

²⁰ El Código Civil argentino dispone que “la posesión que el deudor da al acreedor de la cosa constituida en prenda, debe ser una posesión real en el sentido de lo establecido sobre la tradición de las cosas corporales” (artículo 3205).

²¹ Cfr. *Gaceta de los Tribunales*, año 1915, Sentencia N° 98, p. 213.

²² En el derecho romano clásico, la prenda de créditos era posible como una verdadera cesión de créditos en función garantizadora.

²³ El artículo 2309 del Código Civil argentino dispone que “Si el objeto dado en prenda fuese un crédito, o acciones industriales o comerciales que no sean negociables por endoso, el contrato, para que la prenda quede constituida, debe ser notificado al deudor del crédito dado en prenda, y entregarse el título al acreedor, o a un tercero, aunque él sea superior a la deuda”.

Por otra parte, el artículo 2389 se refiere a una prohibición. Contrariamente a lo que pudiera pensarse, esa prohibición no es una obligación de no hacer de carácter contractual. Es una prohibición legal, en que la ley no sólo la establece sino que obliga a notificarla. Luego, la infracción de esta obligación acarrearía la nulidad absoluta del pago que el deudor pudiera llegar a hacer "en otras manos". Un pago tan nulo como aquellos a que se refiere el artículo 1578 del Código Civil. Como pago nulo, ha de considerarse un pago mal hecho y, aplicando el adagio de que "el que paga mal paga dos veces", ha de llegarse a la conclusión de que el acreedor podría accionar contra el deudor sin que éste pudiera, en tal evento, excepcionarse de haber pagado. Lo que deberá hacer en tal caso el deudor es ejercer –si procediere– las acciones por pago de lo no debido.

Se ha sostenido además, con toda razón, que el pago sería el único modo de extinguir la obligación del deudor en la prenda de créditos (aparte, obviamente, de aquellos modos de extinguir que son hechos jurídicos y no actos jurídicos). Pues en los demás casos significaría aceptar una colisión de intereses entre el del deudor del crédito y el del deudor prendario. Y frente a tal evento no puede operar modo de extinguir alguno en perjuicio del acreedor prendario. Ello se concluye fácilmente del análisis del artículo 1661, cuando establece que "la compensación no puede tener lugar en perjuicio de derechos de terceros".

Esa notificación es un requisito de oponibilidad frente a terceros y al respecto se ha discutido mucho si acaso debe ser una notificación judicial o no. Aunque estimamos que la cuestión es absolutamente discutible, siempre pensamos que no sería necesaria una notificación judicial, aunque sí, al menos, hecha por algún ministro de fe.²⁴ La Ley 20.190 ha agregado en el artículo 7° que la prenda de créditos nominativos deberá ser notificada al deudor del crédito pignorado, judicialmente o por medio de un notario con exhibición del título, prohibiéndole que lo pague en otras manos, salvo que mediere su aceptación por escrito; y en caso contrario, le será inoponible. Una copia del título que consigne el crédito nominativo que se otorgue en prenda será protocolizada al tiempo de suscribirse el contrato de prenda y en éste deberá hacerse mención de la protocolización de aquél. Agrega la norma que las obligaciones antes señaladas contenidas no serán aplicables a las prendas constituidas sobre los derechos señalados en el artículo, es decir los derechos de concesión.

En cuanto a la prenda de valores emitidos sin impresión física del título que los evidencie, podrán ser prendados bajo las disposiciones de la presente

²⁴ UGARTE EDWARDS, EDUARDO, "La prenda sobre créditos", Santiago, 1944, Memoria de Prueba, p. 50.

ley, en cuyo caso la prenda deberá anotarse en el registro de anotaciones en cuenta que se lleve para estos efectos. Tratándose de valores depositados en una empresa de depósito de valores constituida de acuerdo a la Ley N° 18.876, el acreedor prendario podrá solicitar la anotación de la prenda directamente a dicha empresa. Lo dispuesto es sin perjuicio de la obligación establecida en el Título IV de la ley (artículo 8°).

Tratándose de los créditos a la orden (endosables), se pueden constituir en prenda mediante un “endoso en prenda”. De acuerdo al artículo 17 de la Ley N° 18.092, el endoso puede ser en dominio, en cobro o en prenda. El endoso en prenda es el escrito por el cual el tenedor legítimo de una letra de cambio la constituye en prenda mediante una fórmula escrita al dorso de la letra misma o de una hoja de prolongación adherida a ella y firmada por el endosante. La fórmula no es sacramental: puede ser “valor en prenda”, “valor en garantía” u otra equivalente (artículo 21 de la Ley N° 18.092). Si el endoso no expresa calidad (y recordemos que hay endoso por el sólo hecho de la firma del endosante), es traslativo de dominio. Si no contiene beneficiario, es endoso en blanco (artículo 23 de la Ley N° 18.092). Por último, destaquemos dos cuestiones importantes. La primera, que “el endoso en garantía faculta al portador para ejercer todos los derechos emanados de la letra, cobrarla judicial y extrajudicialmente y aplicar sin más trámite su valor al pago de su crédito, con obligación de rendir cuenta al endosante. Sin embargo, a menos que se establezca lo contrario, el endosante no responde de la aceptación o pago de la letra. Mientras el endosatario mantenga la letra en su poder, debe practicar todas las diligencias necesarias para conservar los derechos emanados de ella. El endoso hecho por el endosatario en garantía sólo vale como endoso en cobro” (artículo 30 de la Ley N° 18.092). La segunda, que la Ley N° 18.092 establece muy categóricamente el carácter abstracto de las obligaciones cambiarias. Y eso es aplicable al endoso en garantía: “la persona demandada en virtud de una letra de cambio no puede oponer al demandante excepciones fundadas en relaciones personales con anteriores portadores de la letra” (artículo 28 de la Ley N° 18.092).

Todas estas disposiciones son aplicables no sólo al empeño de créditos a la orden que constan en letras de cambio o en pagarés (artículo 107 de la Ley N° 18.092), sino también al empeño de cualquier otro crédito a la orden. Así se desprende a nuestro juicio en forma inequívoca del artículo 1908.

En cuanto al empeño de créditos al portador, estimamos, con la mayoría de la doctrina, que hay que aplicar simplemente los mecanismos sobre cesión de créditos al portador. Es decir, el empeño se verifica mediante la entrega manual del título, pues en tal caso el crédito se asimila a una cosa corporal.

Creemos que todo crédito enajenable puede ser dado en prenda, aun cuando no haya emanado de un documento escrito.²⁵ La exigencia de la entrega que hace el Código en esta materia y que la formula también para la cesión de créditos (artículo 1901) es, evidentemente, circunscribible sólo a los créditos emanados de documentos escritos. En los demás casos, la cesión se hará por escritura pública suscrita por el cedente y el cesionario y suscrita también por el deudor o al menos notificada al deudor.

Dejamos eso sí constancia de que parte de la doctrina ha interpretado muy enfáticamente el requisito de la entrega del título en el sentido de entrega material de un documento. Desde esta perspectiva, se podría dar en prenda un crédito que no constara en un documento escrito, sólo si previamente se escritura de alguna manera el crédito. Por ejemplo, mediante una escritura de reconocimiento de deuda.²⁶

Por último, se podría dar en prenda un crédito de un legatario de género. El legatario de género adquiere, desde la muerte del causante, un crédito en contra de éste.

5.3.2. Prenda de derechos reales

¿Es posible constituir prenda sobre derechos reales? Desde luego no sobre derechos reales inmuebles como son el censo, la servidumbre o la hipoteca (aunque perfectamente puede darse en prenda un crédito hipotecario).

Respecto a la prenda sobre una cuota hereditaria o sobre un derecho de usufructo mueble, la cuestión resulta bastante discutible. En la doctrina francesa prevalece la opinión afirmativa. Sin embargo, dentro de nuestro Código es difícil aceptar tal posibilidad. El artículo 2389 se refiere explícitamente a la prenda de derechos personales, silenciando en las restantes disposiciones alguna referencia a la prenda de cuotas hereditarias o de un derecho de usufructo, como en cambio lo hace el Código a propósito de la hipoteca en los artículos 2417 y 2418.

En cuanto a la factibilidad jurídica de la subprenda, esto es, de constituir en prenda un derecho real de prenda, creemos que debe ser rechazada categóricamente, pues pondría al acreedor prendario en la imposibilidad de cumplir su obligación restitutoria. Sin embargo, desde un punto de vista dogmático

²⁵ En la legislación argentina se prohíbe dar en prenda un crédito que no conste en documento escrito. El artículo 3212 del Código Civil argentino dispone que "No puede darse en prenda el crédito que no conste de un título por escrito".

²⁶ UGARTE, ob. cit., p. 29.

bien podría concebirse, pues si bien el acreedor prendario no tiene derecho alguno sobre la cosa empeñada, sobre su derecho real de prenda es dueño. Y así como puede transferir ese derecho real (conjuntamente con el crédito), podría gravarlo, en virtud del principio de que el que puede lo más puede lo menos.

No hay que confundir esta hipótesis con el dar en prenda la cosa empeñada, que está especialmente regulado y aceptado en otras legislaciones, como la argentina.²⁷ En el derecho romano clásico a esto se llamaba *pignus pignori datum* o *subpignus*. En este caso el acreedor prendario, mero tenedor de la cosa, la entregaba en prenda. En tal caso, si la obligación inicialmente caucionada era pagada, el constituyente inicial podía recuperar del subpignoratario. Si en cambio el pignoratario subpignorante pretende hacer efectiva la garantía por no pago de la deuda caucionada, el subpignoratario podría ejercer los derechos de tal; esto es, ejercer los derechos de subprenda.

5.3.4. Prenda de universalidades

Uno de los principios fundamentales que inspiran en el derecho clásico la institución de la prenda es el principio de la especialidad. La cosa empeñada debe ser determinada e individualizada, razón por la cual no cabe la prenda de universalidades de cosas, ni menos de universalidades de derecho; si bien cabe la prenda de cosas singulares unidas por una denominación colectiva, con tal que cada una de ellas cumpla con los requisitos para ser empeñada. Esto es una exigencia derivada de la necesidad de la entrega. Sin embargo, en las leyes especiales de prenda sin desplazamiento que han existido en Chile se ha respetado de todos modos este principio.

Con todo, la Ley 20.190 permitió la prenda de universalidades. En el caso de prendarse grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho, tales como existencias, inventarios, materias primas, productos elaborados o semielaborados o repuestos, o maquinarias, redes o sistemas; los componentes de los mismos podrán ser utilizados, reemplazados, transformados o enajenados, en todo o en parte, salvo pacto en contrario.

Los bienes transformados en virtud de lo dispuesto en el inciso anterior, así como el producto elaborado con los componentes de dichas existencias, quedarán de pleno derecho constituidos en prenda.

¹³ El artículo 310 dispone que “Una nueva prenda puede ser dada sobre la misma cosa, con tal que el segundo acreedor obtenga conjuntamente con el primero, la posesión de la cosa empeñada, o que ella sea puesta en manos de un tercero por cuenta común. El derecho de los acreedores sobre la cosa empeñada seguirá el orden en que la prenda se ha constituido”.

Aquellos componentes que salgan de la universalidad o grupo de bienes empeñados quedarán subrogados por los que posteriormente lo integren, hasta la concurrencia del total constituido en prenda.

Cuando se pignoraren universalidades o grupos de bienes en la forma señalada en el inciso primero, el contrato de prenda deberá indicar el valor del conjunto de bienes sobre los que recaiga la prenda, salvo que las partes acuerden expresamente no asignarle un valor. En este último caso, no será aplicable lo dispuesto en el artículo 1496, N° 2, del Código Civil y el contrato de prenda deberá señalar las particularidades tendientes a individualizar los bienes prendados, señalando si son fungibles o no, determinando en el primer caso su especie, cantidad, calidad, graduación y variedad. La referencia al artículo 1496 significa que no procederá la exigibilidad anticipada de la deuda invocando el hecho del deterioro de la caución.

5.3.5. Prenda de cosas ajenas

Un aspecto que merece un análisis especial es el relativo a si podría darse en prenda una cosa ajena.²⁸ El artículo 2387 establece que no se puede empeñar una cosa sino por quien tenga facultad de enajenarla. Una declaración en tal sentido no la hace el Código a propósito, por ejemplo, de la compraventa, de lo que podría deducirse que la prenda de cosa ajena más que inoponible al dueño sería derechamente nula. Es decir, que sería requisito de validez del contrato el que el constituyente fuera dueño de la cosa empeñada. Sin embargo, los artículos 2390 y 2391 reglamentan minuciosamente los efectos de la prenda de cosa ajena.

Si hubo consentimiento del dueño, hay en realidad un mandato y por consiguiente es plenamente válida y oponible al dueño. Aunque válida entre las partes y generadora de derechos y obligaciones, respecto al dueño de la cosa empeñada, la prenda de cosa ajena sin su consentimiento le es inoponible.²⁹ Para él, el contrato es *res inter alios acta* y por ende puede exigir la restitución de la cosa de quien quiera que la tenga mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria (artículo 915). La Ley 20.190 ha agregado en su artículo 13 que sólo el dueño podrá alegar la inexistencia del derecho real de prenda

²⁸ En el derecho romano, la prenda de cosa ajena era nula, pero convalidable si el constituyente adquiría después el dominio de la cosa (Cfr. GUZMAN BRITO, ob. cit., p. 647). En el Código Civil argentino se dispone que "sólo puede constituir prenda el que es dueño de la cosa y tiene capacidad para enajenarla, y sólo puede recibir la cosa en prenda, el que es capaz de contratar. El acreedor que de buena fe ha recibido del deudor un objeto del cual éste no era propietario, puede, si la cosa no fuese perdida o robada, negar su entrega al verdadero propietario" (artículo 3213).

²⁹ O, como dice el artículo 3216 del Código Civil argentino, "La prenda de la cosa ajena, aun cuando no afecte a la cosa, produce sin embargo obligaciones personales entre las partes".

invocando su derecho de dominio sobre la cosa pignorada, sin perjuicio de la validez del contrato.

Respecto a las relaciones entre los contratantes, la prenda de cosa ajena producirá diferentes efectos según las circunstancias. Si la cosa empeñada había sido hurtada, robada o tomada por la fuerza a su dueño o perdida por éste y alguno de tales hechos son conocido por el acreedor, se aplicará la norma del artículo 2183 del Código Civil, conforme a la cual el acreedor prendario está obligado a denunciar al dueño el gravamen que se ha constituido, dándole un plazo razonable para reclamar la cosa, suspendiendo la restitución de la cosa, so pena de tener que indemnizar los perjuicios si la restituye al que ha otorgado la prenda.³⁰ Pero si en cambio el acreedor no tuvo conocimiento de algunos de estos hechos o ellos simplemente no ocurrieron, el contrato subsistirá mientras no la reclame su dueño y quede ejecutoriada la sentencia que le reconoce el dominio (artículo 2390 del Código Civil).

En cualquier caso, el artículo 2391 del Código Civil añade que, una vez restituida la prenda, da derecho al acreedor para exigir que se le entregue otra prenda de valor igual o mayor, o se le otorgue otra caución competente; y en defecto de una y otra, que se le cumpla la obligación principal, aunque haya plazo pendiente para su pago (aplicación del artículo 1496 del Código Civil).³¹

Fuera de estos derechos nada más podría hacer el acreedor. Al menos nuestra jurisprudencia ha sostenido que el acreedor no podría demandar la resolución de contrato que la prenda garantiza.³² Estos derechos serán ejercidos contra el deudor. Nunca contra el tercero que eventualmente puede haberla constituido, dado que ese tercero carece de interés en la deuda. Pero si el tercero ha recibido una remuneración por el "servicio" y el acreedor acciona contra el deudor, el deudor a su vez podrá repetir la remuneración contra el tercero constituyente. De lo contrario habría un enriquecimiento sin causa.

Por otra parte, si se constituye en prenda una cosa ajena, aunque el acreedor prendario no adquirirá por la tradición el derecho real de prenda (ni por consiguiente la mera tenencia de la cosa empeñada), dado que nadie puede

³⁰ El artículo 3214 del Código Civil argentino dispone que "si la cosa se ha perdido o ha sido robada a su dueño, y el deudor la ha comprado en venta pública o a un individuo que acostumbraba vender cosas semejantes, el propietario podrá reivindicarla de manos del acreedor, pagándole lo que le hubiese costado al deudor".

³¹ El artículo 3215 del Código Civil argentino dispone que "Cuando el acreedor ha recibido en prenda una cosa ajena que la creía del deudor, y la restituye al dueño que la reclamare, podrá exigir que se le entregue otra prenda de igual valor; y si el deudor no lo hiciere, podrá pedir el cumplimiento de la obligación principal, aunque haya plazo pendiente para el pago".

³² *Gaceta de los Tribunales*, año 1922, Sentencia N° 139, p. 546.

transferir lo que no tiene; sin embargo, el acreedor prendario quedará instalado en la posesión del derecho real de prenda (artículo 683 del Código Civil) y podrá llegar a adquirir la titularidad (dominio) de ese derecho real por la prescripción adquisitiva de acuerdo a las reglas generales (artículo 670 inciso 2° y artículo 2498 inciso 2° del Código Civil) y con los mismos plazos que la prescripción adquisitiva del derecho de dominio (artículo 2512 del Código Civil). Además, como la prenda de cosa ajena no es nula, “si el constituyente adquiriere el dominio de la cosa o el dueño ratificare el correspondiente contrato de prenda, se entenderá constituido el derecho real de prenda desde la fecha de su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento” (artículo 13 de la Ley 20.190). Es decir, se aplica el mismo criterio de los artículos 1815, 1818 y 1819 del Código Civil para la compraventa.

5.3.6. Prenda de bienes o derechos futuros

Otro punto interesante consiste en definir si se podrían empeñar créditos futuros. En general se ha estimado –y nosotros compartimos tal criterio– que salvo norma legal expresa es imposible dar en prenda cosas o derechos futuros, por cuanto al no existir no pueden ser entregados real ni ficticiamente. Nuestra Corte Suprema estableció que se pueden dar en prenda rentas de arrendamiento no devengadas todavía. Aunque se ha sostenido lo contrario,³³ creemos que ello implica aceptar prenda de cosa futura. El contrato de arrendamiento es un contrato de tracto sucesivo: el crédito a las rentas nace periódicamente. No se trata de un plazo. Distinto sería el caso de dar en prenda créditos por dividendos no vencidos todavía. En tal caso el crédito existe desde el momento en que se ha perfeccionado la compraventa; sólo que el vendedor y acreedor del precio no puede exigir la satisfacción de esos créditos sino una vez vencido cada plazo o caducados todo los plazos (cláusula de aceleración).

Pues bien, la Ley 20.190 derechamente acepta la prenda de bienes o derechos futuros, en la medida en que se rija por la normativa de la prenda sin desplazamiento. El artículo 9° establece que el contrato de prenda sobre bienes o derechos futuros será válido, pero mediante su inscripción no se adquirirá el derecho real de prenda sino desde que los bienes o derechos empeñados lleguen a existir. Una vez que los bienes o derechos existan, se entenderá constituido el derecho real de prenda desde la fecha de su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento. Por su parte el artículo 10 dispone que las cosas que no han llegado al país podrán ser empeñadas, siempre que el constituyente de la prenda sea el titular del conocimiento de embarque, guía aérea, carta de porte o documento que haga las veces de cualquiera

³³ UGARTE, ob. cit., p. 29.

de los anteriores, conforme a las normas que regulan la circulación de tales documentos.

La ley ha asimilado a prenda de bienes futuros aquella en que lo que se da en prenda son cosas que la ley reputa como inmuebles por destinación o adherencia: dicha prenda no tendrá otro efecto que ser una prenda sobre bienes futuros; y en consecuencia, se le aplicarán las reglas del artículo 9° entendiéndose que las cosas llegan a existir cuando son separadas del inmueble al que acceden o cesa la afectación a un predio, por la voluntad o el hecho de su dueño y el consentimiento del acreedor hipotecario, si fuere el caso. A la inversa, si lo que se da en prenda son bienes corporales muebles que posteriormente se transformen en inmuebles por destinación o adherencia, subsistirá sin que sea necesario el acuerdo del acreedor hipotecario y gozará de preferencia sobre la hipoteca, si se anotare al margen de la correspondiente inscripción hipotecaria. Si no se practicare esta anotación, la ejecución de la hipoteca producirá la purga de la prenda, sin necesidad de notificación al acreedor prendario (artículo 14 de la ley).

Se ha planteado asimismo el problema de si acaso podría darse en prenda el derecho del asegurado a una indemnización en el evento de sobrevenir un riesgo. Doctrinalmente se ha debatido acerca de si se estaría empeñando un crédito condicional o se estaría empeñando una mera expectativa. La I. Corte de Apelaciones de Valparaíso ha establecido que "Una póliza de seguros, en circunstancias de no haberse producido el incendio que está destinada a indemnizar, no reviste los caracteres de un crédito susceptible de darse en prenda, porque no puede hacerse efectivo a la persona o entidad que puede resultar deudora, sino en caso del siniestro y por el valor de los perjuicios ocasionados, de donde resulta que la póliza de seguros es una mera expectativa a ese crédito de valor variable y eventual".³⁴ Aunque pueda parecer chocante que se hable de mera expectativa por una de las partes en un contrato como el de seguro, que es definido por el Código de Comercio (artículo 512) como bilateral, compartimos dicha sentencia. El derecho del asegurado a la indemnización es un derecho condicional, es decir, un derecho que en rigor no existe (aunque se espera que exista) y que puede ocurrir que nunca llegue a existir.

Cosa completamente distinta es la posibilidad de empeñar la póliza del seguro. En este caso estamos frente a un documento que da cuenta de un crédito, que puede ser nominativo, a la orden o al portador y que por ende se rige por diferentes reglas según los casos.

³⁴ Cfr. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XXVII, Segunda Parte, Sección Primera, p. 323.

5.3.7. Prenda de cosas empeñadas

La ley sólo ha señalado al respecto que “se podrá constituir una o más prendas sobre un mismo bien, prefiriéndose por el orden cronológico de sus respectivas inscripciones en el Registro de Prendas sin Desplazamiento” (artículo 16). Cabe aplicar analógicamente en este caso las disposiciones relativa a la preferencia entre varios acreedores hipotecarios de un inmueble contenidas en el Código Civil.

6. La inscripción de la prenda y el Registro Nacional de Prendas sin desplazamiento

El artículo 28 creó el Registro de Prendas sin Desplazamiento, dependiente del Servicio de Registro Civil e Identificación, de conformidad con esta ley y en la forma que determine el reglamento que al efecto dicte el Presidente de la República mediante decreto supremo emanado conjuntamente del Ministerio de Hacienda y del Ministerio de Justicia. Dicho reglamento establecerá las menciones que deberá contener la inscripción, los procedimientos para requerir y entregar la información contenida en el Registro, así como la organización, operación y requerimientos básicos del mismo.

Pues bien, conforme al artículo 24, dentro del plazo de tres días hábiles, exceptuados los días sábado, contado desde la fecha de suscripción de la escritura pública en que consta el contrato de prenda, su modificación o su alzamiento o, tratándose de instrumentos privados, desde su fecha de protocolización, el notario deberá enviar para su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, una copia autorizada del contrato de prenda, de su modificación o su alzamiento y una copia de los documentos en que consten las obligaciones registro, si éstas no estuvieren indicadas precisamente en el contrato de prenda.

Las copias de dichos actos y contratos deberán ser enviadas por medio de soportes magnéticos o a través de comunicaciones por redes electrónicas que aseguren la fidelidad y seguridad de los antecedentes acompañados.

Excepcionalmente, tratándose de notarías que no cuenten con los medios tecnológicos necesarios para efectos de lo señalado precedentemente, el Registro de Prendas sin Desplazamiento podrá recibir copias físicas de los instrumentos requeridos, sin perjuicio de su derecho para cobrar por la digitalización de dichos documentos.

La omisión de las diligencias señaladas no afectará la validez del contrato de prenda ni la de su modificación o alzamiento, ni impedirá su anotación o

inscripción, pero hará responsable al notario respectivo por los daños que se originen como consecuencia de la omisión, sin perjuicio de la sanción disciplinaria de que pudiere ser objeto. En este caso y sin perjuicio de lo señalado en este inciso, el interesado podrá concurrir directamente al Registro Civil y obtener la inscripción requerida.

El Servicio de Registro Civil e Identificación inscribirá en el mencionado Registro de Prendas sin Desplazamiento los documentos que al efecto reciba. Las inscripciones se realizarán por estricto orden de presentación. En caso de que se negare una inscripción, la persona perjudicada con la negativa podrá ocurrir ante el juez de primera instancia del departamento, quien en vista de esta solicitud y de los motivos expuestos por el Servicio de Registro Civil e Identificación, resolverá por escrito y sin más trámite lo que corresponda. Si manda el juez hacer la inscripción, ésta tendrá la fecha y hora de la primera presentación al Registro. Si el juez la denegare, el decreto en que se niegue la inscripción será apelable en la forma ordinaria.

De acuerdo al artículo 26, sólo un tribunal podrá disponer que una inscripción practicada por el Registro de Prendas sin Desplazamiento sea modificada o eliminada, de acuerdo a las normas generales. No obstante, de oficio o a requerimiento de cualquier interesado y dentro de un plazo de diez días hábiles, exceptuados los días sábado, a contar de la fecha de la inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, éste podrá rectificar los errores manifiestos en que se pudiere haber incurrido al practicarse la anotación. Con todo, la fecha de la constitución del derecho real de prenda será siempre la de su inscripción original.

Además, el deudor prendario tendrá derecho a exigir a su acreedor que suscriba el acto de alzamiento a que se refiere el artículo 2° de esta ley, efectuado que sea el pago íntegro de las obligaciones caucionadas. Si el acreedor prendario se negare, el deudor podrá solicitar judicialmente su alzamiento de conformidad con el procedimiento prescrito en el Título IV, Párrafo 2° del Libro III del Código de Procedimiento Civil (artículo 27).

7. El derecho real de prenda

El derecho real de prenda se adquirirá, probará y conservará por la inscripción del contrato de prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento.³⁵

³⁵ De acuerdo a la Ley 18.112, la tradición se hacía por escritura pública (artículo 8°) sin perjuicio que se exigía como requisito de oponibilidad a terceros la publicación del extracto en el Diario Oficial (artículo 9°) sin perjuicio de exigirse adicionalmente, en los bienes registrables, la anotación al margen

La prenda sólo será oponible a terceros a partir de esa fecha. El artículo 38 agrega que la cesión de créditos caucionados con esta prenda se sujetará a las reglas que correspondan a su naturaleza, pero para que la cesión comprenda el derecho real de prenda, manteniendo la prenda la preferencia que gozaba en virtud del crédito cedido, en el Registro de Prendas sin Desplazamiento deben constar expresamente el crédito garantizado y la posibilidad de cesión de la prenda.

En caso de bienes sujetos a inscripción obligatoria en algún otro registro, la prenda será inoponible a terceros, mientras no se anote una referencia del contrato de prenda al margen de la inscripción correspondiente. Sin embargo, el derecho de prenda no será oponible contra el tercero que adquiera el bien empeñado por venta al detalle en una fábrica, feria, bolsa de productos agropecuarios, casa de martillo, tienda, almacén u otros establecimientos análogos en que se vendan cosas muebles de la misma naturaleza³⁶ (artículo 25).

8. Derechos del acreedor prendario

8.1. Exigibilidad anticipada de la deuda

La Ley 20.190 contempló varios casos en que el saldo de la deuda se considerará como de plazo vencido pudiendo el acreedor proceder a la realización inmediata de la garantía:

- a) Si el dueño incumple la obligación contraída de no gravar o enajenar la cosa dada en prenda, habiéndose mencionado dicha prohibición en el Registro (artículo 17).
- b) Si se abandonaren las especies preñadas o permitido el menoscabo o extinción de los derechos empeñados. Habiéndose pues incumplido los deberes de conservación que tiene el dueño en calidad de depositario, el tribunal podrá autorizar al acreedor para que, a su opción, tome la tenencia del bien preñado, designe un depositario o proceda a la realización de la prenda, considerándose la obligación caucionada como de plazo vencido (artículo 18).
- c) Si habiéndose convenido un lugar en donde debía mantenerse la cosa empeñada, ésta se trasladara o si habiéndose convenido que la cosa empeñada se utilizara de una forma especificada en el contrato, ésta se utilizare de forma

de la inscripción en el Registro de Vehículos Motorizados o, en caso de naves, la anotación al margen de la inscripción de la nave en el Registro de Matricula (art. 8°).

³⁶ Cfr artículo 10 de la Ley 18.112.

distinta a lo pactado; todo ello, a menos que el acreedor consienta en ello o que el tribunal competente del lugar de suscripción del contrato decrete su traslado o uso distinto para su conservación (artículo 19).

d) Si el constituyente se opusiere a las visitas inspectivas decretadas por el Tribunal persistiendo en su negativa tras haber sido judicialmente requerido (artículo 20).

e) Si los gastos de custodia y conservación del bien dado en prenda fueren dispendiosos, el tribunal competente del lugar de suscripción del contrato de prenda podrá, a petición del constituyente, ordenar su enajenación de la forma más conveniente, sin previa tasación, pagándose al acreedor el producto de dicha enajenación³⁷ (artículo 21).

8.2. Derecho a hacer subastar la cosa empeñada

La cosa empeñada se subasta en un procedimiento ejecutivo de obligación de dar con ciertas modificaciones (artículo 29).

8.2.1. Título ejecutivo

De acuerdo al artículo 30, la escritura pública o la copia autorizada del instrumento privado en el que conste el contrato de prenda protocolizado tendrá mérito ejecutivo sin necesidad de reconocimiento previo, respecto de las obligaciones que se contraigan en los mismos o que se individualicen con precisión, en cuanto a su origen, monto, plazo e interés. Si en el contrato de prenda no se indica la obligación caucionada, para proceder a la ejecución deberá acompañarse un título con mérito ejecutivo en el que conste dicha obligación.

8.2.2. Notificación, excepciones y purga de las prendas

La notificación de la demanda ejecutiva y el requerimiento de pago se registrarán por lo establecido en el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que se podrá notificar conforme al artículo 44 de dicho Código aunque el demandado no se encuentre en el lugar del juicio.

Notificados el deudor prendario y el constituyente de la prenda, si este último fuere distinto, el acreedor prendario podrá pedir la inmediata realización de la prenda, aunque se hubieren opuesto excepciones.³⁸ Estas, con todo, pueden

³⁷ Cfr. artículo 16 de la Ley 18.112.

³⁸ Cfr. artículo 23 de la Ley 18.112.

ser muy variadas: son procedentes las del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, salvo la 2ª, 4ª, 8ª y 15ª.³⁹ El tribunal resolverá, con citación del deudor prendario y del constituyente de la prenda, y podrá exigir que el acreedor caucione previamente las resultas del juicio.

En la realización de la prenda deberá notificarse a los demás acreedores prendarios que tengan derecho sobre el bien prendado, los cuales serán cubiertos sobre el precio del remate en el orden que les corresponda, independientemente que su crédito no se haya devengado. Es decir, en este caso no existe la opción de los acreedores de conservar la garantía sobre las cosas empeñadas que se subastan.⁴⁰ Cuando se trate de la realización de inmuebles por destinación o adherencia a que se refiere el inciso final del artículo 14, el acreedor hipotecario ejecutante deberá citar a los acreedores prendarios de conformidad con el artículo 2428 del Código Civil, teniendo lugar lo previsto en los artículos 492 y 762 del Código de Procedimiento Civil, en la medida que resulten aplicables (artículo 37).

8.2.3. Realización de créditos

Tratándose de prenda sobre créditos, podrá el ejecutante pedir que el embargo se notifique por cédula al deudor del crédito pignorado, a fin que retenga y consigne en la cuenta corriente del Tribunal la suma que éste determine. La resolución deberá identificar el crédito respecto del cual se solicita el pago e incluir instrucciones para que el deudor del mismo pueda cumplir con lo ordenado.

Si el obligado a la retención no cumpliera con lo ordenado, el Tribunal, a solicitud del acreedor prendario, despachará en su contra mandamiento de ejecución y embargo.

En caso que el deudor del crédito prendado no pudiese cumplir con lo ordenado en el inciso primero, deberá comunicar al Tribunal, dentro del tercer día, las causas que le impiden acatar dicha resolución. Puesta dicha comunicación en conocimiento del ejecutante, éste tendrá un plazo de cinco días para objetarla o exponer lo que convenga a su derecho. El tribunal dará a la objeción tramitación incidental y, en caso de ser rechazada, por la sola solicitud del acreedor prendario despachará en contra de aquél mandamiento de ejecución y embargo (artículo 31).

³⁹ Mucho más amplias, pues, las posibilidades de defensa del demandado que en la ejecución de las prendas constituidas al amparo de la Ley 18.112 (artículo 22 de dicha ley).

⁴⁰ Artículo 492 del Código de Procedimiento Civil.

Si la prenda recayere sobre créditos con flujos periódicos, el mandamiento de ejecución que se despache para el primero de los pagos se considerará suficiente para el pago de los restantes, sin necesidad de nuevo requerimiento (artículo 32).

8.2.4. Realización de derechos de concesión

Los derechos de concesión señalados en el artículo 6° sólo podrán subastarse a quien diere cumplimiento a los requisitos establecidos en las leyes, reglamentos y bases de licitación para ser concesionario, según corresponda. Para estos efectos, el tribunal que esté conociendo de la realización de la prenda oficiará a los organismos que hayan otorgado el derecho respectivo, y a los que hayan aprobado el otorgamiento de dicho derecho, si procediere, ordenándoles informar acerca de los requisitos para que pueda ser adjudicado en la subasta (artículo 33).

Estos requisitos se incluirán y formarán parte integrante de las bases del remate. El acta de remate deberá reducirse a escritura pública, la cual deberá ser firmada por el juez, el adjudicatario y los organismos respectivos dentro de un plazo de sesenta días, contados desde la adjudicación. Si transcurriere dicho plazo sin que los organismos respectivos hayan suscrito la escritura pública, se entenderá que consienten en dicha transferencia, a menos que manifiesten su oposición y la notifiquen por medio de un ministro de fe al adjudicatario.

Lo dispuesto precedentemente no es aplicable en caso que el acreedor prendario opte por proceder al embargo de las utilidades o de cualquier otro pago que el contrato respectivo contemple y que se encuentre prendado a su favor. Embargados estos bienes, el depositario que se nombre tendrá las facultades y deberes de interventor judicial, de conformidad con el artículo 294 del Código de Procedimiento Civil; y para ejercer las que le correspondan al cargo de depositario, procederá en todo caso con autorización del juez de la causa.

8.2.5. Realización de animales

Si las especies a realizar fueren animales, el tribunal podrá disponer que se vendan en la feria que indique, debiendo en tal caso publicarse avisos durante dos días en el periódico que el tribunal señale (artículo 34).

8.2.6. Acción de desposeimiento

La acción de desposeimiento contra el tercero poseedor que no sea deudor personal, se sujetará a las normas del Título XVIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil, en lo que no sean contrarias a la naturaleza de la cosa prendada o del contrato de prenda (artículo 35).

8.2.7. Ausencia de fuero

En los juicios civiles a que se refiere esta ley no se considerará el fuero personal de los litigantes, ni se suspenderá su tramitación por la declaración de quiebra, excepto lo prescrito en los artículos 125 y 126 de la Ley N° 18.175 (artículo 36).

8.2.8. Derecho legal de retención por el arrendador sobre las cosas empeñadas

De acuerdo al artículo 22, el arrendador podrá ejercer su derecho legal de retención sobre especies dadas en prenda, sólo cuando el contrato de arrendamiento conste en escritura pública otorgada con anterioridad a la correspondiente inscripción de la prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento. El decreto judicial que declare procedente la retención deberá inscribirse en el Registro de Prendas sin Desplazamiento.⁴¹

8.3. Derecho de pago preferente

El acreedor prendario tendrá derecho a pagarse, con la preferencia establecida en el artículo 2474 del Código Civil, del total del monto del crédito, incluidos los intereses, gastos y costas, si los hubiere. Este privilegio se extenderá, además, al valor del seguro sobre la cosa dada en prenda, si lo hubiere, y a cualquier otra indemnización que terceros deban por daños y perjuicios que ella sufre (artículo 15). De modo que se recoge la misma idea del artículo 12 de la Ley 18.112 y queda aquí despejada toda la larga discusión que existía acerca de la preferencia de la garantía prendaria que en otras disposiciones aparece⁴² o aparecía⁴³ como una superpreferencia.

⁴¹ Cfr. artículo 17 de la Ley 18.112.

⁴² Cfr. artículo 16 de la Ley 18.690.

⁴³ Cfr. artículo 25 de la Ley 5.687.